

JUSTIÇA & CIDADANIA®

ISSN 1807-779X | Edição 212 - Abril de 2018



VI FONA MEC
Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

"CONGRESSO INTERNACIONAL
INOVAÇÃO E MEDIAÇÃO"

MEDIAÇÃO NO MOMENTO DA VIRADA

EDITORIAL: PACIFICAÇÃO SOCIAL

Guarda compartilhada

Um ato de amor!

Hildemar Meneguzzi de Carvalho | Desembargadora do TJSC

Escrevo com o objetivo de gerar uma reflexão, sob a ótica do Direito de Família, acerca da guarda compartilhada, como modalidade que melhor atende às necessidades dos filhos.

O referido tema justifica-se pelos frequentes debates entre profissionais do Direito, da Psicologia e da própria sociedade a respeito do tema, repousando a problemática na confusão conceitual entre os tipos de guarda (alternada, especialmente), e a consequente resistência à aplicação da modalidade compartilhada.

É deveras significativa a história da formação da família no Brasil, com forte influência do direito romano e canônico. A família, como é sabido, é fruto de uma construção histórica e de uma série de transformações dos costumes e das relações de gênero.

Os vínculos foram redefinidos ao longo da história da humanidade e o núcleo familiar, antes reconhecido como uma instituição, passou a ser aceito como um espaço relacional, de socialização, com grande valorização do ser humano. A figura do *pater familias*, que emanava do matrimônio, perdurou até a sua substituição pelo instituto do poder familiar. Nesta conjuntura, mudanças conceituais e jurídicas fizeram-se necessárias.

O caminho da mudança, todavia, não foi leve e isento de percalços. Algumas resistências persistem

até os dias atuais, principalmente no tocante aos novos arranjos familiares e ao compartilhamento do exercício parental.

Todavia, pouco a pouco, por extrema e palpável necessidade, o conservadorismo, o positivismo e as novas concepções sobre a família tomaram forma. Finalmente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a igualdade de direitos concretizou-se perante a sociedade brasileira.

Pode-se afirmar que a família nuclear contemporânea ainda é formada pela figura do pai, mãe e filhos, porém é permeada pela liberdade de escolha de seus membros, imperando a busca pela excitação, harmonia e paz de espírito. Trata-se de apenas uma das diversas possibilidades de estruturação familiar.

Como exemplo, fala-se da família extensa, também denominada família alargada, considerada um modelo socializador, que vai além de progenitores e filhos. Tem como principal característica a elasticidade, pois é composta por célula principal e adicional, esta que acolhe indivíduos, como avós, cunhados, agregados, empregados domésticos, etc.

Também existe número considerável de famílias monoparentais, compostas por uma pessoa que, sem companheiro, vive com pelo menos um filho; este

solteiro, sem companheiro ou prole, e de idade inferior a 25 anos.

Surge, igualmente, a família pluriparental, conhecida como família mosaico, patchwork (Alemanha), famílias ensambladas (Argentina), *step-families* (Estados Unidos), *familles recomposées* (França). Ela decorre, basicamente, da recomposição afetiva, ou seja, de um novo casamento ou união estável. Nessa situação, em específico, os filhos advindos da relação anterior passam por um processo de integração e adaptação na nova família.

Com legalização e reconhecimento bem mais recente, nasce a família homoafetiva, caracterizada pela união entre duas pessoas do mesmo. No que diz respeito à parentalidade, o reconhecimento do modelo homoafetivo deve-se, também, ao fato de que a competência moral e social para gerir a instituição familiar deixou de ser restrita ao casal homem-mulher.

Houve, portanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma aquiescência legislativa, de que a família não era mais constituída apenas pelo casamento e que a sua finalidade não se limitava às esferas patrimonial e procriativa. Reconheceu-se a necessidade de intervenção mínima do Estado e a possibilidade dos novos arranjos familiares permeados pelo afeto. Foram

eleitos novos valores sociais, onde a dignidade da pessoa humana é valorizada em todas as relações jurídicas, inclusive nas relações familiares.

Observa-se, todavia, que o fim das relações familiares deve-se, muitas vezes, às frustradas expectativas do casal, que podem gerar um elevado nível de idealização. Esse projetar de expectativas sobre o outro é considerado prejudicial ao desenvolvimento de uma forma satisfatória de amor e pode dar causa à separação.

O fim da relação conjugal representa uma das tantas perdas da vida adulta de um ser humano. Seu enfrentamento pode se dar de forma leve, ou de forma extremamente dolorosa, revestindo-se numa espécie de luto – que não é um estado, mas um processo de desamor.

Independentemente do motivo pelo qual um casal decide pelo fim da relação, no contexto dessa ruptura, salvo raras exceções, o ex casal pode iniciar um entrave de grandes proporções para regulamentar as questões atinentes ao patrimônio (partilha) e à prole (guarda, visitas e alimentos).

No Brasil, a guarda compartilhada foi instituída e disciplinada pela Lei n. 11.698/2008 e, posteriormente, pela Lei nº 13.058/2014. Referidas normas promoveram alterações significativas em alguns dispositi-



vos do Código Civil, para estabelecer o significado da guarda compartilhada, bem como dispor sobre a sua aplicação. Mister destacar que antes do advento da primeira lei a guarda compartilhada já era possível no país, embora não regulamentada

A guarda compartilhada surgiu num cenário de desequilíbrio dos direitos parentais, de uma cultura que, inicialmente, atribuiu aos pais os poderes soberanos sobre os filhos e, posteriormente, às mães, de forma exclusiva; sob o fundamento equivocado de que, em razão da maternagem, elas teriam melhores condições para cuidar da prole. Era necessário romper com a ideia de posse sobre a prole e plantar a perspectiva de ampla convivência familiar.

A guarda na modalidade compartilhada, com efeito, implica na responsabilização entre pai e mãe, justamente para possibilitar a convivência familiar supra-mencionada. Nesta modalidade, a autoridade parental é exercida de forma igualitária, quase que da mesma maneira como os genitores faziam quando estavam unidos conjugalmente. Os filhos podem e devem ser assistidos por ambos os genitores, os quais têm uma paridade maior no cuidado da prole e efetiva autoridade legal para tomar decisões importantes relacionadas ao seu bem estar.

Esse tipo de guarda almeja, em síntese, assegurar o melhor interesse das crianças e adolescentes, a fim de protegê-los e de proporcioná-los estabilidade emocional, tão necessária para formação equilibrada de suas personalidades.

Salienta-se que é equivocada a ideia nutrida pela sociedade em geral, até mesmo pela comunidade jurídica, de que a guarda compartilhada afasta a fixação de um domicílio base para os filhos e a delimitação de visitas para o genitor não convivente, já que no regime da guarda compartilhada não há o chamado trânsito livre dos ex cônjuges ou companheiros na residência do outro. Não chamaria nem de direito de visita, mas de direito de convivência, que é garantido aos filhos, na forma de direito fundamental (art. 227, da CF).

Não é certo, ainda, o pensamento de que a guarda compartilhada representa a isenção do pagamento de pensão alimentícia. Repisa-se, que a guarda compartilhada implica no compartilhamento das responsabilidades parentais, e não no compartilhamento da criança, como se objeto fosse.

Inexiste, assim, a obrigatoriedade de divisão de convívio, porquanto não se está falando da guarda alternada. A divisão do poder familiar não está e nunca esteve condicionada à divisão do tempo de convivência dos filhos com seus genitores.

Acerca da guarda alternada, esta é representada pela divisão, entre os genitores, da guarda unilateral

“ Os vínculos foram redefinidos ao longo da história da humanidade e o núcleo familiar, antes reconhecido como uma instituição, passou a ser aceito como um espaço relacional, de socialização, com grande valorização do ser humano”

– material e jurídica – dos filhos, sendo práxis a alternância de residências. O maior desafio da guarda alternada é propiciar estabilidade aos filhos, considerando a revezamento de casas e os diferentes modos de educar. Se o arranjo dos genitores não propicia estabilidade e rotina, a modalidade de guarda opõe-se ao princípio da continuidade, que deve ser respeitado em consonância ao bem-estar físico e mental da criança e do adolescente. Por este motivo, é majoritário o entendimento de que esta modalidade não é benéfica aos filhos. Trata-se de tipo de guarda comumente confundida com a guarda compartilhada, mas nada possuem em comum. Na primeira, os genitores revezam-se no exercício do poder familiar, enquanto na segunda literalmente o compartilham.

Quanto à viabilidade da guarda compartilhada, é possível fixá-la tanto para genitores que residem na mesma cidade, quanto para genitores que residem em cidades diferentes ou, ainda, em países diferentes. O que importa, na realidade, são as informações trocadas, a comunicação efetiva entre os genitores, a qual deve ocorrer com respeito, educação e consciência.

Para finalizar, é importante dizer que a consolidação da guarda compartilhada como modalidade preferencial demanda o amadurecimento dos genitores. Demanda, ainda, que estes possuam diálogo para tomada conjunta de decisões acerca do filho, compreensão para entender as necessidades da prole e o agir do outro, boa vontade para cumprir, sem complicações, as medidas que a modalidade de custódia exige, consciência para colocar a parentalidade acima das desavenças conjugais e, por fim, educação para evitar trocas de ofensas ou qualquer tipo de desqualificação mútua. A adoção da guarda compartilhada, com a mudança de postura, representam o amor e o respeito dos pais pelos filhos.

